



LÍGIA DUARTE FIGUEIREDO

**A POSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO DA PROVA
EMPRESTADA OBTIDA POR MEIO DE INTERCEPTAÇÃO
TELEFÔNICA**

**BRASÍLIA
2011**

LÍGIA DUARTE FIGUEIREDO

**A POSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO DA PROVA
EMPRESTADA OBTIDA POR MEIO DE
INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA**

Monografia apresentada como requisito
para conclusão do curso de bacharelado
em Direito do Centro Universitário de
Brasília-UniCEUB

Orientador: Prof. Humberto Fernandes de
Moura

**BRASÍLIA
2011**

RESUMO

A Constituição Federal assegura o direito à inviolabilidade das comunicações telefônicas. Portanto pode haver a violação do sigilo dessas comunicações baseado nas hipóteses permissivas legais para fins de produção de prova na investigação criminal ou instrução processual penal. De acordo com recentes decisões, vem se admitindo o empréstimo da prova obtida por interceptação telefônica para fins de instrução de procedimento administrativo disciplinar. A essa prova se dá análise de admissibilidade de transposição da esfera criminal para utilização em processo civil.

Palavras-chave: processo penal; sigilo; interceptação telefônica; prova emprestada; jurisprudência; admissibilidade.

Sumário

INTRODUÇÃO	4
1.REQUISITOS DE ADMISSIBILIDADE DE PROVA DECORRENTE DE INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA	6
1.1. Requisitos trazidos pela Constituição Federal	6
1.1.2 Diferenças entre interceptação telefônica, gravação e escuta	1
1.2. Lei 9296 de 1996.....	4
1.3. Requisitos trazidos pela Lei.....	9
1.3.1. Não haver outro meio de prova	20
1.3.2. Crimes punidos com reclusão.....	20
1.3.3. Prazo para interceptação telefônica	23
2. DA PROVA EMPRESTADA	25
2.1. Conceito de Prova	25
2.1.1. Verdade formal e Verdade material.....	26
2.2.Requisitos para licitude da prova em geral	27
2.2.1.Contraditório	27
2.3. Ônus da prova	29
2.4. Espécies de prova	33
2.5. Sistema de apreciação de provas	35
2.6. Prova Empréstada	36
2.6.1. Requisitos para admissão da prova emprestada na doutrina e jurisprudência.	37
3.A POSSIBILIDADE DE EMPR[ESTIMO DA PROVA CRIMINAL OBTIDA POR INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA.....	45
3.2. Diferenças doutrinárias acerca da admissibilidade do traslado da prova.....	48
CONCLUSÃO.....	53
REFERÊNCIAS	56

INTRODUÇÃO

O presente trabalho objetiva verificar a admissibilidade de utilização da prova obtida por interceptação telefônica em âmbito penal para empréstimo em procedimento administrativo disciplinar e em processo cível. O modelo a ser utilizado é o dogmático instrumental, pois o trabalho restringirá à análise dos dispositivos doutrinários já existentes, à jurisprudência e à pesquisa legislativa aplicada ao tema proposto.

O tema proposto não está pacificado. Na doutrina, há entendimentos contrários a admissibilidade desta prova. A jurisprudência suscitava divergências quanto à admissibilidade dessa prova para âmbito administrativo disciplinar.

O Supremo Tribunal Federal em questão de ordem no inquérito 2424 externou entendimento favorável à utilização desta prova no procedimento administrativo disciplinar. Nesse sentido, o trabalho examinará as determinadas circunstâncias a utilização do instituto em questão, enumerando os principais direitos constitucionais relacionados com a prova emprestada, bem como as regras processuais que podem influenciar na colheita da prova e os prejuízos e nulidades decorrentes de sua inobservância.

No 1º capítulo será exposto o instituto da interceptação de comunicações telefônicas regulamentada pela Lei 9296 de 1996. Neste momento serão analisados os requisitos para autorização de interceptação de comunicações, bem como a sua possibilidade de realização em respeito aos princípios constitucionais.

No 2º capítulo serão analisados os institutos que regem a prova em geral, bem como os requisitos para sua licitude. Posteriormente far-se-á o estudo da prova emprestada, priorizando-se os requisitos para sua admissão na doutrina e na jurisprudência.

Ao final será respondida a questão acima exposta, com base nos estudos feitos sobre o instituto da interceptação telefônica, analisando-se a

divergência entre as correntes doutrinárias e jurisprudência, em respeito aos princípios constitucionais que influenciam na produção e valoração da prova. Será emitido um juízo de valor quanto aos argumentos utilizados para demonstrar a pertinência da admissibilidade do fruto da interceptação telefônica em processo civil e administrativo.

1.REQUISITOS DE ADMISSIBILIDADE DE PROVA DECORRENTE DE INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA

1.1. Requisitos trazidos pela Constituição Federal

Sempre que há um grande escândalo, as gravações das conversas obtidas por interceptações telefônicas são peças chaves para demonstrar ou não, a existência de um fato jurídico. As gravações são consideradas pela opinião pública, a prova de determinados atos. Geralmente, há um grande apoio à divulgação desses conteúdos quando surge um escândalo através da interceptação telefônica.

Para obter êxito no estudo da possibilidade de admissibilidade da prova obtida por interceptação telefônica servir de empréstimo em outro processo, faz-se necessário o estudo do instituto da interceptação telefônica.

Há de analisar também a vedação constitucional envolvendo provas ilícitas. A lei fundamental em seu art. 5º , LVI, dispõe que “são inadmissíveis, no processo as provas obtidas por meios ilícitos”.

No entendimento de Uadi Lammêgo Bulos:

Provas obtidas por meios ilícitos são as contrárias aos requisitos de validade exigidos pelo ordenamento jurídico. Esses requisitos possuem natureza formal e material. A ilicitude formal ocorrerá quando a prova, no seu momento introdutório, for produzida à luz de um procedimento ilegítimo, mesmo se for lícita a sua origem. Já a licitude material delineia-se através da emissão de um ato antagônico ao direito e pelo qual se consegue um dado probatório, como nas hipóteses de invasão domiciliar, violação do sigilo epistolar, constrangimento físico, psíquico ou moral a fim de obter confissão ou depoimento de testemunha etc.¹

¹BULOS, Uadi Lammêgo. **Constituição Federal Anotada**. 2ªedição. São Paulo: Saraiva,2001,p.244.

Dessa forma, as provas ilícitas violam normas de direito material e referem-se à forma de obtenção e coleta da prova, seja pela vedação de sua colheita, seja pela proibição de sua produção. Elas necessitam de uma previsão constitucional, estabelecendo sua inadmissibilidade no processo. A inadmissibilidade das provas ilícitas prevê o desentranhamento do processo, não devendo servir para decisões e sentenças judiciais. As provas ilegítimas de outro modo afrontam normas de direito processual, e dizem respeito à produção da prova. Por haver violação à norma processual, devem estar sujeitas ao reconhecimento de nulidade e decretada sua ineficácia no processo.²

Conforme decidiu o plenário do Supremo Tribunal Federal,

É indubitável que a prova ilícita, entre nós, não se reveste da necessária idoneidade jurídica como meio de formação do convencimento do julgador, razão pela qual deve ser desprezada, ainda que em prejuízo da apuração da verdade, no prol do ideal maior de um processo justo, condizente com o respeito devido a direitos e garantias fundamentais da pessoa humana, valor que se sobreleva, em muito, ao que é representado pelo interesse que tem a sociedade numa eficaz repressão aos delitos. É um pequeno preço que se paga por viver-se em Estado de Direito democrático. A justiça penal não se realiza a qualquer preço. Existem, na busca da verdade, limitações impostas por valores mais altos que não podem ser violados, ensina Helena Fragoso, em trecho de sua obra *Jurisprudência Criminal*, transcrita pela defesa. A Constituição brasileira, no seu art. 5º, inc. LVI, com efeito, dispõe, a todas as letras, que são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos.³

A doutrina constitucional, porém, passou a atenuar a vedação das provas ilícitas, pois a exclusão absoluta de sua utilização poderia ocasionar situações graves. A atenuação das provas ilícitas prevê a utilização dessas em caráter excepcional e em situações graves, pois nenhuma liberdade pública é absoluta. Baseado no princípio da proporcionalidade, há casos excepcionais em que

² FEITOZA, Denilson. **Direito Processual Penal-Teoria, Crítica e Práxis**. 6ª edição. Rio de Janeiro: Editora Ímpetus, 2009, p.705.

³ BRASIL. DISTRITO FEDERAL/DF. STF. **AÇÃO PENAL 307-3**. Relator Ministro Ilmar Galvão. Julgamento: 13/12/1994.

o direito a ser tutelado se torna mais importante e urgente que determinados direitos como intimidade, segredo, liberdade de comunicação, havendo de se permitir a utilização dessas provas.⁴

Francisco Avolio define o princípio da proporcionalidade:

É, pois, dotada de um sentido técnico no direito público a teoria do direito germânico, correspondente a uma limitação do poder estatal em benefício da garantia de integridade física e moral dos que lhe são sub-rogados (...). Para que o Estado, em sua atividade, atenda aos interesses da maioria, respeitando os direitos individuais fundamentais, se faz necessário não só a existência de normas para pautar essa atividade e que, em certos casos, nem mesmo a vontade de uma maioria pode derogar (Estado de Direito), como também há de se reconhecer e lançar mão de um princípio regulativo para se ponderar até que ponto se vai dar preferência ao todo ou às partes (Princípio da Proporcionalidade), o que também não pode ir além de um certo limite, para não retirar o mínimo necessário a uma existência humana digna de ser chamada assim.⁵

Porém, a jurisprudência dos tribunais aceita o princípio da proporcionalidade apenas quando é dirigida a favor do réu, entendendo pela licitude da prova com respaldo no princípio da inocência.⁶

A Constituição Federal anterior à de 1988, previa a inviolabilidade do sigilo da correspondência, das comunicações telegráficas e telefônicas (art. 153, § 9º, da EC nº 1/69), ressalvada as hipóteses de estado de sítio e de estado ou de medidas de emergência (arts. 156, 2º, 158, § 1º e 155).

Em outro sentido, o art. 57, inciso II, alínea e, do Código Brasileiro de Telecomunicações, estabelecia não constituir violação de telecomunicação o conhecimento dado ao juiz competente mediante requisição ou intimação deste. A doutrina se dividiu em relação à admissibilidade das interceptações telefônicas, que para alguns o dispositivo deveria ser considerado inconstitucional, pela vedação da norma constitucional vigente. O outro posicionamento, portanto, admitia a violação

⁴ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 24ª edição. São Paulo: Editora Atlas, 2009, p.111.

⁵ AVOLIO, Luiz Torquato. **Provas ilícitas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 53.

⁶ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 24ª edição. São Paulo: Editora Atlas, 2009, p.112.

do sigilo por não considerar existência de garantia de forma absoluta no ordenamento jurídico.⁷

Com o advento da Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, inciso XII, dispôs a seguinte redação:

É inviolável o sigilo da correspondência das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.

Em seguida, outra polêmica jurisprudencial e doutrinária instaurou-se acerca da recepção do art. 57 do Código Brasileiro de Telecomunicações, questionando sua validade ou pelo contrário, a necessidade de norma regulamentadora da parte final do inciso XII do art. 5º da CF.⁸

O Supremo Tribunal Federal firmou seu entendimento no sentido que, deveriam ser consideradas inconstitucionais todas as provas obtidas por interceptações telefônicas feitas antes de lei que regulamentasse o inciso XII, do art. 5º da CF, ainda que tivessem sido autorizadas pela justiça, pois a matéria deveria ser regulamentada por uma legislação ordinária para gerar efeitos.⁹

Prova ilícita: escuta telefônica mediante autorização judicial: afirmação pela maioria da exigência de lei, até agora não editada, para que, “nas hipóteses e na forma” por ela estabelecidas, possa o juiz, nos termos do art. 5º, XII, da Constituição, autorizar a interceptação de comunicação telefônica para fins de investigação criminal; não obstante, indeferimento inicial do habeas corpus pela soma dos votos, no total de seis, que, ou recusaram a tese da contaminação das provas decorrentes da escuta telefônica, indevidamente autorizada, ou entenderam ser impossível, na via processual do habeas corpus, verificar a existência de provas livres

⁷GRINOVER, Ada Pellegrini. **As Nulidades no Processo Penal**. 8ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 211.

⁸FILHO, Vicente Greco. **Interceptação Telefônica**. São Paulo: Editora Saraiva, 1996, p.3.

⁹GOMES, Luiz Flávio e CERVINI, Raul. **Interceptação Telefônica- Lei 9296 de 24. 07.1996**. São Paulo. Revista dos Tribunais, 1997, p.90.

da contaminação e suficientes a sustentar a condenação questionada; nulidade da primeira decisão, dada a participação decisiva, no julgamento, de ministro impedido (MS 21.750, 24.11.93, Velloso); conseqüente renovação do julgamento, no qual se deferiu a ordem pela prevalência dos cinco votos vencidos no anterior, no sentido de que a ilicitude da interceptação telefônica- a falta de lei que, nos termos constitucionais, venha a discipliná-la e viabilizá-la – contaminou, no caso, as demais provas, todas oriundas, direta ou indiretamente, das informações obtidas na escuta (fruits of the poisonous tree), nas quais se fundou a condenação do paciente.¹⁰

Nesse entendimento, ausente a lei que previa a violação do sigilo, esta não poderia ser autorizada. De acordo com o art. 5º, XII, da Constituição Federal, o sigilo das comunicações telefônicas poderá ser violado mediante três requisitos, sendo eles, a autorização mediante ordem judicial, a finalidade de colheita de evidências para instruir investigação criminal ou processo penal e a existência de lei prevendo as hipóteses em que a quebra de sigilo será permitida.

Os meios de prova a serem introduzidos no processo serão os documentos resultantes de uma operação técnica, sendo eles, a gravação e a transcrição das conversas obtidas.¹¹

Sendo assim, há de se verificar a natureza cautelar da interceptação telefônica, necessitando de ordem judiciária para sua execução, e ainda devendo estar presentes os requisitos que justificam a medida cautelar, o *fumus boni juris* e *periculum in mora*, como pressupostos para a autorização da interceptação, ordem que ainda carece de motivação.¹²

¹⁰ BRASIL/RS/RIO GRANDE DO SUL. STF. **HABEAS CORPUS 69912**. Relator Ministro Sepúlveda Pertence. Julgamento: 16/12/1993.

¹¹ A interceptação poderá ser toda gravada, caso em que será feita a sua transcrição integral. Não havendo a gravação de toda a mensagem, a autoridade policial incumbida de captação remeterá ao juiz todo o resultado da diligência, fazendo acompanhar um auto circunstanciado contendo o resumo das operações realizadas. O resultado das diligências, gravações e transcrições será mantido em sigilo. MACHADO, Antônio Alberto. **Curso de Processo Penal**. 2ª edição. São Paulo: Editora Atlas, 2009, p 413.

¹² GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antônio Scarance e FILHO, Antonio Magalhães Gomes. **As nulidades no processo penal**. 8ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004,p.209.

Em relação à necessidade da transcrição das conversas, julgou o Supremo Tribunal Federal:

HABEAS CORPUS. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. PRAZO DE VALIDADE. ALEGAÇÃO DE EXISTÊNCIA DE OUTRO MEIO DE INVESTIGAÇÃO. FALTA DE TRANSCRIÇÃO DAS CONVERSAS INTERCEPTADAS NOS RELATÓRIOS APRESENTADOS AO JUIZ. AUSÊNCIA DE CIÊNCIA DO MINISTÉRIO PÚBLICO ACERCA DOS PEDIDOS DE PRORROGAÇÃO. APURAÇÃO DE CRIME PUNIDO COM PENA DE DETENÇÃO. Para fundamentar o pedido de interceptação, a lei apenas exige relatório circunstanciado da polícia com a explicação das conversas e da necessidade da continuação das investigações. (...) Não é exigida a transcrição total das conversas o que, em alguns casos, poderia prejudicar a celeridade da investigação e a obtenção das provas necessárias (art.6º, § 2º, da Lei 9296/96).¹³

No que tange a valoração da prova resultante de interceptação, a questão se insere no momento probatório da valoração pelo juiz, não envolvendo a questão da admissibilidade da prova¹⁴. Esses meios probatórios irão fixar os fatos no processo, de modo a tornar legítima a decisão do juiz.

1.1.2 Diferenças entre interceptação telefônica, gravação e escuta

Com o estudo da interceptação telefônica, deve-se priorizar o seu conceito e suas formas de aplicação, de forma já analisadas quando não poderão ser utilizadas como fonte de prova em processo. Há de se conceituar o alcance da interceptação telefônica no âmbito da Constituição Federal. De acordo com Fernando Capez:

¹³ BRASIL/RS/RIO GRANDE DO SUL. STF. **HABEAS CORPUS 83515**. Relator Ministro Nelson Jobim. Julgamento: 16/09/2004.

¹⁴ Para Luiz Flávio Gomes, a gravação da interceptação é o resultado da operação técnica e, desse modo, documentação da fonte de prova; a transcrição dessa gravação, como materialização do que foi captado, é o meio probatório que será levado em conta pelo juiz na sentença, servindo para afastar a presunção da inocência. Outro meio probatório possível, para atestar o conteúdo da captação, é o testemunhal.

A interceptação provém de interceptar, intrometer, interromper, interferir, colocar-se entre duas pessoas, alcançando a conduta de terceiro que, estranho à conversa, se intromete e toma conhecimento do assunto tratado entre os interlocutores.¹⁵

Porém, no entendimento de Luiz Flávio Gomes,

Do ponto de vista jurídico, a palavra “interceptação” não corresponde exatamente ao seu sentido idiomático. Interceptar uma “comunicação telefônica” não quer dizer interrompê-la, impedi-la, detê-la ou cortá-la. Na lei a expressão tem outro sentido, qual seja o de captar a comunicação telefônica, tomar conhecimento, ter contato com o conteúdo dessa comunicação.¹⁶

É necessário que a interceptação, em seu sentido legal, tenha a essencial participação de um terceiro, para que haja a captação de comunicação alheia¹⁷.

No entendimento de Ada Pellegrini, na interceptação telefônica, a captação da conversa se realiza por um terceiro, e abrange tanto as comunicações interceptadas com o consentimento de um dos interlocutores, quanto as que forem feitas sem o conhecimento deles¹⁸.

Para Luiz Flávio Gomes, as interceptações telefônicas se distinguem das escutas telefônicas. Em seu entendimento, a interceptação em sentido estrito é a captação da conversa feita por um terceiro sem o conhecimento dos interlocutores. Nenhum deles sabe da existência e do conteúdo da conversa interceptada, havendo assim ofensa à intimidade dos dois comunicadores. De outra forma, a escuta telefônica também possui dois interlocutores, porém a captação da conversa é feita por um interceptador, com o consentimento de um dos interlocutores. Nessa modalidade, a ofensa à intimidade se opera à apenas um dos interlocutores.¹⁹

¹⁵ CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 13ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2006, p.290.

¹⁶ GOMES, Luiz Flávio e Cervini, Raul. **Interceptação Telefônica- Lei 9296 de 24.07.1996**. São Paulo. Revista dos Tribunais. 1997. P.95.

¹⁷ GOMES, Luiz Flávio e Cervini, Raul. **Interceptação Telefônica- Lei 9296 de 24.07.1996**. São Paulo. Revista dos Tribunais. 1997. P.95.

¹⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance e FILHO, Antonio Magalhães Gomes. **As nulidades no processo penal**. 8ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p.207.

¹⁹ GOMES, Luiz Flávio e Cervini, Raul. **Interceptação Telefônica- Lei 9296 de 24.07.1996**. São Paulo. Revista dos Tribunais. 1997. P.95.

A gravação clandestina ou unilateral, conta com a participação de dois interlocutores, sendo que um deles registra a conversa sem o conhecimento da outra parte. A modalidade da gravação não é considerada interceptação, não sendo disciplinada pela lei que a regulamenta. O sigilo das comunicações existe em face de terceiros, não se podendo falar em sigilo entre os interlocutores, estando assim, permitidos a divulgar o conteúdo da comunicação. A utilização desse conteúdo como prova dependerá de verificação para que essa prova não seja obtida mediante violação da intimidade do interlocutor, se houve justa causa para sua divulgação, se fora necessária sua utilização. Se houver violação à intimidade, não poderá valer como prova, pois será considerada prova obtida por meios ilícitos, sendo a ilicitude advinda da violação da intimidade do interlocutor.²⁰

Há de se verificar a divergência doutrinária acerca da abrangência da interceptação telefônica.

Para Vicente Greco Filho, a lei não disciplina a escuta telefônica (interceptação realizada por terceiro, mas com o consentimento de um dos interlocutores). Em seu entendimento, a escuta telefônica não está regulamentada pela lei 9296/96, pois está fora do âmbito do inciso XII do art.5º da Constituição Federal. Para analisar a licitude da prova obtida por escuta, deverá ser observada a causa que gerou a gravação, se dela não se confrontou o direito fundamental à intimidade.²¹

Porém, no entendimento de Luiz Flávio Gomes, a interceptação telefônica refere-se tanto à interceptação em sentido estrito quanto à escuta telefônica.

²⁰ FILHO, Vicente Greco. **Interceptação Telefônica**. São Paulo: Editora Saraiva, 1996, p.5.

²¹ FILHO, Vicente Greco. **Interceptação Telefônica**. São Paulo: Editora Saraiva, 1996, p.6.

Ambas estão contempladas na lei. Logo, tanto pode o Juiz autorizar uma 'interceptação' para descobrir prova num caso de tráfico de entorpecentes (e nesse caso tornar-se-ão conhecidas as comunicações telefônicas seja do suspeito, seja do outro comunicador), como pode permitir uma 'escuta' num caso de seqüestro em que a família da vítima, obviamente, está sabendo da captação da comunicação. Não é porque um dos comunicadores sabe da ingerência alheia autorizada judicialmente que a lei deixa de ter incidência.²²

Dessa forma, é necessário salientar que a participação de um terceiro é essencial para que se configure a interceptação telefônica. A gravação clandestina não é aplicável à lei 9296/96, por não existir o terceiro, não se podendo falar em interceptação. Dessa forma o Supremo Tribunal Federal já acatou como válida gravação como meio de prova, pois o sigilo da interceptação pressupõe conversa interceptada entre terceiros, o que não acontece na gravação clandestina. Neste sentido, o julgado do Recurso Extraordinário 402717-PR:

EMENTA: PROVA. Criminal. Conversa telefônica. Gravação clandestina, feita por um dos interlocutores, sem conhecimento do outro. Juntada da transcrição em inquérito policial, onde o interlocutor requerente era investigado ou tido por suspeito. Admissibilidade. Fonte lícita de prova. Inexistência de interceptação, objeto de vedação constitucional. Ausência de causa legal de sigilo ou de reserva da conversação. Meio, ademais, de prova da alegada inocência de quem a gravou. Improvimento ao recurso. Inexistência de ofensa ao art. 5º, incs. X, XII e LVI, da CF. Precedentes. Como gravação meramente clandestina, que se não confunde com interceptação, objeto de vedação constitucional, é lícita a prova consistente no teor de gravação de conversa telefônica realizada por um dos interlocutores, sem conhecimento do outro, se não há causa legal específica de sigilo nem de reserva da conversação, sobretudo quando se predestine a fazer prova, em juízo ou inquérito, a favor de quem a gravou.²³

1.2. Lei 9296 de 1996

²²GOMES, Luiz Flávio e CERVINI, Raul. **Interceptação Telefônica-Lei 9296 de 24.07.1996**. São Paulo. Revista dos Tribunais. 1997. p.96.

²³BRASIL. PARANA. STF. **RECURSO EXTRAORDINARIO 402717-PR**. Relator Ministro Cezar Peluso. Julgamento 02/12/2008.

A partir da vigência da Lei 9296 de 1996, disciplinou-se a interceptação telefônica, regulamentando o inciso XII, parte final do art.5º, da Constituição Federal, trazendo normas de natureza processual e penal, cessando a discussão sobre as suas hipóteses de cabimento.

A lei da interceptação das comunicações telefônicas prevê os sistemas de comunicações destinados aos serviços de telefonia que sejam responsáveis pela captação das comunicações de voz humana e outros sons, abrangendo a transmissão, emissão, recepção de símbolos, sinais, escritos, sons, imagens ou outras informações que são analisados por esses sistemas.²⁴

A doutrina e a jurisprudência ainda divergem quanto à constitucionalidade do art.1º, da Lei 9296/96 que dispõe:

A interceptação de comunicações telefônicas, de qualquer natureza, para prova em investigação criminal e em instrução processual penal, observará o disposto nesta Lei e dependerá de ordem do juiz competente da ação principal, sob segredo de justiça.
Parágrafo único: O disposto nesta Lei aplica-se à interceptação do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática.

O problema contido no parágrafo único decorre da literalidade da Constituição conforme mencionado anteriormente em seu art. 5º, XII, e necessário se faz compreender o deve ser entendido por “salvo, no ultimo caso”:

É inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.

Parte da doutrina afirma ser inconstitucional o parágrafo único do art. 1º de Lei 9296, a exemplo de Vicente Greco Filho, considerando que o texto constitucional previu quatro situações em que são abrangidas pelo sigilo, sendo

²⁴FEITOZA, Denilson. **Direito Processual Penal-Teoria, Crítica e Práxis**. 6ª edição. Rio de Janeiro: Editora Ímpetus, 2009, p.784.

elas a correspondência, as comunicações telegráficas, as de dados e as telefônicas, e a expressão “último caso” admite a violação de sigilo apenas para as comunicações telefônicas.²⁵

A outra parte da doutrina entende que o texto constitucional prevê apenas duas situações onde ocorre o sigilo, sendo estas, o da correspondência, de um lado, e de outro, as comunicações telegráficas, de dados e de telefônicas, correspondendo à expressão “salvo , no último caso” pelas três hipóteses de transmissão de informações.²⁶

A doutrina majoritária se posiciona no sentido que, a violação do sigilo somente poderá ser excepcionada em relação às comunicações telefônicas. Apesar do posicionamento em questão, o Supremo Tribunal Federal negou provimento a uma cautelar na ação direta de inconstitucionalidade, admitindo a prevalência do parágrafo único do art. 1º da Lei 9296/96.²⁷

No entendimento de Lenio Luiz Streck, não há de se verificar inconstitucionalidade no parágrafo único: Não vislumbro inconstitucionalidade no dispositivo sob comento. O parágrafo único, ao estender a possibilidade de interceptação também ao fluxo de comunicações aos sistemas de informática e telemática, apenas especificou que a lei também atingirá toda e qualquer variante de informações que utilizem a modalidade “comunicações telefônicas”. Ou seja, objetivou a Lei estender a aplicação das hipóteses de interceptação de comunicações telefônicas a qualquer espécie de comunicação, ainda que realizada mediante sistemas de informática, existentes ou que venham a ser criados, desde que tal comunicação utilize a modalidade “comunicações telefônicas”. Quisesse o constituinte limitar à interceptação simplesmente aos telefonemas entre pessoas, não teria usado “comunicações” *lato sensu*.²⁸

²⁵ FILHO, Vicente Greco. **Interceptação Telefônica**. São Paulo: Editora Saraiva, 1996, p.10.

²⁶ “Para rechaçar essa posição, basta observar que a reiteração da palavra ‘comunicações’, antes de ‘telefônicas’, indica exatamente que a exceção constitucional só a estas se refere: se a ressalva abrangesse todo o segundo grupo, teria sido suficiente dizer ‘comunicações telegráficas, de dados e telefônicas’”. GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance e GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **As nulidades no processo penal**. 8ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p.213.

²⁷ BRASIL.STF, Pleno, **AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE n° 1.488-DF**, Relator. Ministro. Néri da Silveira. Julgamento:07/11/1996.

²⁸ STRECK, Lenio Luiz. **As Interceptações Telefônicas e os Direitos Fundamentais- Constituição- Cidadania- Violência**. 2ª edição. Porto Alegre- RS: Editora Livraria do Advogado.2001, p 47.

Cessando a discussão sobre a inconstitucionalidade do parágrafo único do art. 1º da Lei 9296/96, inicia-se uma discussão sobre o alcance da expressão “a interceptação de comunicações telefônicas, de qualquer natureza”. A doutrina novamente diverge sobre o teor da aplicação lícita da interceptação. Para alguns autores como Pellegrini, Scarance Fernandes e Magalhães Gomes Filho, o conceito da expressão “de qualquer natureza” se limita às escutas e gravações telefônicas, praticadas por um terceiro, com ou sem o consentimento de um dos interlocutores.²⁹

Questão de necessária importância é a de atribuir conceito às expressões “sistemas de informática” e “telemática”.

A informática trata da manipulação da informação usando equipamentos e procedimentos da área de processamento de dados. A telemática tem por objeto a manipulação e utilização da informação combinando os meios de telecomunicações com computadores, como exemplo, são as transmissões de dados informatizados via modem ou fac-símile.³⁰

Para outra parte da doutrina, a interceptação das comunicações em sistemas de informática e telemática são perfeitamente aplicáveis. Isso se verifica pelo avanço das tecnologias. Com o avanço da informática, várias comunicações são perpetuadas pelo uso da internet. O dispositivo do art. 1º da Lei 9296/96, no entendimento dessa corrente, pretendeu permitir a interceptação em qualquer espécie de comunicação, mesmo que seja realizada em sistemas de informática, pois com os avanços tecnológicos novas formas de comunicação podem ser criadas, devendo ser permitidas a interferência nesses equipamentos visando a busca de provas.³¹

²⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance e GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **As nulidades no processo penal**. 8ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 217.

³⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance e GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **As nulidades no processo penal**. 8ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 217.

³¹ PARIZATTO, João Roberto. **Comentários à Lei nº 9296 de 24.07.96- Interceptação de Comunicações Telefônicas**. São Paulo: Editora de Direito, 1996, p. 18.

De acordo com Denilson Feitosa, desde a publicação da Constituição da República até os dias de hoje, houve uma convergência das tecnologias, sendo que a comunicação transmitida por uma linha telefônica é capaz de receber e transmitir sons, escritos, símbolos, dados e informações computadorizadas, como também pode transmitir essas informações acoplada à computadores. Nessa modernização de tecnologias, o autor defende atualização no texto constitucional no que se refere à distinção de comunicações sejam elas, de dados, telegráficas ou telefônicas.³²

No entendimento de Antônio Alberto Machado, a lei estendeu a possibilidade de violação de sigilo das comunicações telefônicas e dos dados pelos sistemas de informática e telemática. Para ele, tem-se admitido a transmissão de dados pelos sistemas informática, pois podem ser comparados às comunicações telefônicas, pois muitas vezes utilizam o telefone como veículo de transmissão de informações que estão diretamente ligados a computadores por meio do aparelho *modem*.³³

Cabe analisar a possibilidade de violação de sigilo dos *e-mails* veiculados pela internet. A Constituição Federal protege a inviolabilidade de sigilo das correspondências (art.5º, inciso XII). Alguns doutrinadores afirmam que essa proteção se refere à “comunicação de correspondência” e não de “correspondência efetuada”. Dessa forma, a inviolabilidade das correspondências, que abrange as comunicações telegráficas e postais, estende-se aos e-mails. Assim, caso essa comunicação pela rede internacional de computadores já tiver sido recebida, não estará essa comunicação protegida pelo art. 5º, inciso XII, mas pelo inciso X, do art.5º que protege a intimidade do indivíduo. Nesse sentido, pode-se afirmar que o e-mail interceptado não pode servir de prova no processo penal.³⁴

³² FEITOZA, Denilson. **Direito Processual Penal-Teoria, Crítica e Práxis**. 6ª edição. Rio de Janeiro: Editora Ímpetus, 2009, p.783.

³³ MACHADO, Antonio Alberto. **Curso de Processo Penal**. 2ª edição. São Paulo. Editora Atlas, 2009, p.410.

³⁴ MACHADO, Antonio Alberto. **Curso de Processo Penal**. 2ª edição. São Paulo. Editora Atlas, 2009, p.416.

1.3. Requisitos trazidos pela Lei

É necessário também, o estudo dos requisitos trazidos pela Lei da interceptação das comunicações telefônicas para que se possa analisar as hipóteses legais admissíveis. A Constituição Federal estabelece que o sigilo das comunicações será a regra, e que as hipóteses de violação desse sigilo será exceção. Porém, com a entrada em vigor da Lei 9296/96, verificou-se que o legislador inverteu a posição estabelecida pelo texto constitucional, apresentando a violação de sigilo como regra, e a inviolabilidade como exceção, o que para alguns autores fora esta redação negativa escrita de forma lamentável.³⁵

O artigo 2º da Lei 9296/96 dispõe que:

Não será admitida a interceptação de comunicações telefônicas quando ocorrer qualquer das hipóteses seguintes:

I-não houver indícios razoáveis da autoria ou participação em infração penal.

II-a prova puder ser feita por outros meios disponíveis.

III-o fato investigado constituir infração penal punida, no máximo, com pena de detenção.

Parágrafo único: Em qualquer hipótese deve ser descrita com clareza a situação objeto da investigação, inclusive com a indicação e qualificação dos investigados, salvo impossibilidade manifesta, devidamente justificada.

A interceptação telefônica por ser uma providência cautelar, podendo ser autorizada tanto quando transcorre a fase policial quanto configurada em juízo, requer para sua realização, que sejam cumpridos todos os pressupostos de qualquer medida cautelar, sendo eles *fumus boni iuris* e *periculum in mora*. O *fumus boni iuris* no processo penal exige para sua configuração dois requisitos, correspondentes ao inciso I do art.2º da Lei 9296/96, que são a probabilidade de autoria ou participação em uma infração penal e a probabilidade de existência de uma infração penal.³⁶

³⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance e GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **As Nulidades no Processo Penal**. 8ª edição. São Paulo:Revista dos Tribunais, 2004, p.219.

³⁶ GOMES, Luiz Flavio e CERVINI, Raúl. **Interceptação Telefônica- Lei 9296, de 24.07.96**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p.178.

O critério do indício previsto no inciso I da Lei encontra respaldo no artigo 239 do Código de Processo Penal que dispõe: Considera-se indício a circunstância conhecida e provada, que tendo relação com o fato, autorize, por indução, concluir-se a existência de outra ou outras circunstâncias.

Para Vicente Greco Filho, a exigência enumerada no inciso I, significa que deve haver a existência de um fato definido como crime, que necessita de apuração. Fatos não determinados ou simples suspeitas não merecem a autorização judicial para interceptar comunicações telefônicas, sendo necessária a vinculação do interlocutor interceptado com o fato criminoso.³⁷

1.3.1. Não haver outro meio de prova

No que se tange ao inciso II, deve-se analisar outro pressuposto decorrente das providencias cautelares, o *periculum in mora*. Esse pressuposto encontra-se presente nas decisões judiciais sempre que há necessidade e urgência para resguardar um direito ou interesse do individuo, sendo que esta providência deve ser tomada imediatamente para que não se perca o interesse tutelado. Ao dispor que a interceptação não poderá ser realizada quando a prova puder ser obtida por outros meios disponíveis, o legislador invocou a questão da necessidade da realização da interceptação. O objetivo final da realização da interceptação é a obtenção de uma prova, devendo esta corresponder a uma infração e à autoria. Se a prova puder ser obtida por outros meios, a interceptação não deve ser realizada, pois esta configura alternativa de obtenção de prova por um meio mais gravoso à intimidade do indivíduo.³⁸

1.3.2. Crimes punidos com reclusão

No inciso III do artigo correspondente, estabelece quais infrações em que serão permitidas a realização da interceptação telefônica.

³⁷ FILHO, Vicente Greco. **Interceptação Telefônica**. São Paulo: Editora Saraiva, 1996, p.18.

³⁸ GOMES, Luiz Flavio e CERVINI, Raúl. **Interceptação Telefônica- Lei 9296, de 24.07.96**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p.181-182.

Esse dispositivo restringiu o alcance da investigação por meio de interceptação para fatos que constituem infração penal punida no máximo, com pena de detenção. A interceptação dessa forma atinge apenas os delitos punidos com reclusão, além de não se permitir a interceptação de contravenções penais e de delitos previstos em leis especiais com pena de detenção.³⁹

Nesse sentido, acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo

Interceptação telefônica- Deve ser negada a pretensão da vítima em obter autorização para interceptação de linha telefônica, visando à descoberta de possível agente dos crimes de ameaça e injúria, pois a Lei 9296/96 exclui, de forma absoluta, a possibilidade de interceptação de comunicações telefônicas em hipóteses de delitos apenas com detenção. No entanto, tal vedação legal não pode ser aplicada quanto à pretensão em se obter, junto à companhia telefônica, a relação das ligações efetuadas para o telefone da ofendida, pois a medida, em tese, não acarreta prejuízo a quem quer que seja.⁴⁰

O legislador nesse dispositivo optou por permitir a interceptação apenas para crimes punidos com reclusão para não permitir que tal prática ocorra a casos de menor gravidade, visando um conteúdo efetivo ao princípio da proporcionalidade, que para alguns autores não fora obtido.⁴¹

Para Vicente Greco Filho, no tocante à possibilidade da interceptação telefônica atingir todos os crimes de reclusão, deve ser restringida, pois há alguns crimes que são apenados com reclusão que não justificam o instituto da interceptação, como o furto simples (art.155 caput do CPB) e estelionato (art.171, caput do CPB).

³⁹ STRECK, Lenio Luiz. **As Interceptações Telefônicas e os Direitos Fundamentais- Constituição -Cidadania- Violência**. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2001, p.55.

⁴⁰ BRASIL. SÃO PAULO. TJSP. **APELAÇÃO CRIMINAL 1111371/6**. 14ª Câmara. Relator Renê Ricupero. Julgamento:13/10/1998.

⁴¹ GOMES, Luiz Flavio e CERVINI, Raúl. **Interceptação Telefônica- Lei 9296, de 24.07.96**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p.185.

Em suas palavras:

Há necessidade de se ponderar a respeito dos bens jurídicos envolvidos: não se pode sacrificar o bem jurídico da magnitude do sigilo das comunicações telefônicas para a investigação ou instrução de crime em que não estejam envolvidos bens jurídicos de maior valor.⁴²

Para outros autores, porém, a limitação do dispositivo possibilitando a interceptação apenas para crimes cuja pena seja de reclusão, cria distorções quanto à realidade. Frequentes casos, são as ameaças ocorridas pela via telefônica, infrações de menor potencial ofensivo que poderiam ser incluídas no rol de possibilidades da Lei devido à imprescindibilidade de não haver outro meio de prova, não podendo, portanto, haver uma vulgarização da interceptação para proteger bens jurídicos inferiores aos protegidos pelas comunicações telefônicas.⁴³

Porém a doutrina majoritária se firmou em se admitir a interceptação apenas em situações excepcionais e de graves delitos, para que não haja intromissão na privacidade do indivíduo.

No mesmo sentido, Lenio Luiz Streck,

Assim torna-se quase que despiciendo registrar que não pode uma lei equiparar ou isonomizar delitos como o contrabando, a sonegação de impostos, o tráfico de entorpecentes, a remessa ilegal de divisas, crimes cometidos por Prefeitos (Decreto 201), a lavagem de dinheiro e o meio ambiente, com delitos como o furto, estelionato e a apropriação indébita, os primeiros nitidamente crimes graves, que violam e causam múltiplas lesões a bens jurídicos difusos e coletivos, e os segundos, restritos que são ao patrimônio (meramente) individual.⁴⁴

⁴² FILHO, Vicente Greco. **Interceptação Telefônica**. São Paulo: Editora Saraiva, 1996, p.15.

⁴³ FEITOSA, Denilson. **Direito Processual Penal- Teoria, Crítica e Práxis**. 6ª edição. Editora Impetus: Niterói, RJ., 2009, p. 785.

⁴⁴ STRECK, Lenio Luiz. **As Interceptações Telefônicas e os Direitos Fundamentais- Constituição - Cidadania- Violência**. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2001, p.55.

1.3.3. Prazo para interceptação telefônica

A Lei 9296/96 versa no seu art. 5º o prazo máximo para que se permita a interceptação das comunicações.

A lei prevê a possibilidade de prorrogação do prazo apenas uma vez, o que configuraria a impossibilidade de utilização dessa prova por se configurar ilegal. Porém, alguns doutrinadores expõem a necessidade de prosseguimento da interceptação para continuar a investigação como meio de obtenção de prova. Nas palavras de Antônio Alberto Machado:

Portanto, a lei admite apenas uma prorrogação do prazo de 15 dias para a interceptação, e essa norma deve mesmo ser interpretada restritivamente em nome do direito à intimidade e do direito ao sigilo das comunicações, assegurados na Lei Maior. Porém, a contumácia ou continuidade da prática criminosa constitui circunstância autônoma que justifica a renovação da diligência a ser determinada também por uma nova decisão, em novo despacho fundamentado. Nem teria sentido que o criminoso, escoado o prazo da primeira interceptação, pudesse prosseguir na sua prática delituosa imune a esse tipo de investigação.⁴⁵

Nesse sentido, decidiu o Supremo Tribunal Federal,

HABEAS CORPUS. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. PRAZO DE VALIDADE. ALEGACÃO DE EXISTÊNCIA DE OUTRO MEIO DE INVESTIGAÇÃO. FALTA DE TRANSCRIÇÃO DAS CONVERSAS INTERCEPTADAS NOS RELATÓRIOS APRESENTADOS AO JUIZ. AUSÊNCIA DE CIÊNCIA DO MINISTÉRIO PÚBLICO ACERCA DOS PEDIDOS DE PRORROGAÇÃO. APURAÇÃO DE CRIME PUNIDO COM PENA DE DETENÇÃO.

É possível a prorrogação do prazo de autorização para a interceptação telefônica, mesmo que sucessivas, especialmente quando o fato é complexo a exigir investigação diferenciada e contínua. Não configuração de desrespeito ao art. 5º, *caput*, da Lei 9296/96.⁴⁶

⁴⁵ MACHADO, Antonio Alberto. **Curso de Processo Penal**. 2ª edição. São Paulo. Editora Atlas, 2009, p.413.

⁴⁶ BRASIL/RS/RIO GRANDE DO SUL. STF. **HABEAS CORPUS 83515**. Relator Ministro Nelson Jobim. Julgamento: 16/09/2004.

As interceptações de comunicações telefônicas serão lícitas quando disciplinadas de forma legal e efetuadas de acordo com os padrões estabelecidos pelo ordenamento jurídico, sendo admissíveis no processo, como fonte de prova. Dessa forma, prossegue o estudo das provas emprestadas, para atingir o objetivo da presente pesquisa.

2. DA PROVA EMPRESTADA

Para prosseguir o estudo da possibilidade de empréstimo da prova obtida por interceptação telefônica para outros processos, faz-se necessário o estudo da prova emprestada, iniciando-se assim, pela análise da prova em geral.

2.1. Conceito de Prova

O vocábulo *prova* vem do latim *probus*, que significa aquilo que é bom, certo, verdadeiro. A prova judiciária objetiva a reconstrução dos fatos que são analisados no processo, pretendendo assim a busca da verdade real, tais quais como ocorridos. A busca da reconstrução da verdade é sempre um objetivo difícil de ser alcançado, pois atingir a realidade nem sempre será possível.⁴⁷

Nas palavras de Fernando da Costa Tourinho Filho,

Provar é antes de mais nada, estabelecer a existência da verdade; e as provas são os meios pelos quais se procura estabelecê-la. Provar é, enfim, demonstrar a certeza do que se diz ou alega. Entendem-se, também por prova, de ordinário, os elementos produzidos pelas partes ou pelo próprio Juiz visando a estabelecer, dentro do processo, a existência de certos fatos.⁴⁸

Segundo Ada Pellegrini, Antônio Scarance e Magalhães Gomes Filho, a prova é um instrumento pelo qual o juiz forma sua convicção acerca de fatos controversos no processo, a fim de resolvê-las acerca da ocorrência ou inoccorrência destes.⁴⁹

⁴⁷ MACHADO, Antonio Alberto. **Curso de Processo Penal**. 3ª edição. São Paulo. Editora Atlas, 2009, p.411.

⁴⁸ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa Tourinho. **Processo Penal**. 29ª edição. Volume 3. São Paulo. Editora Saraiva, 2007, p.213.

⁴⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance e GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **As Nulidades no Processo Penal**. 8ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p.141.

Nesse sentido, Eugênio Pacelli de Oliveira afirma que o processo deve construir uma verdade judicial, que objetiva uma verdade mais próxima da realidade, para cessar os conflitos que são objetos da jurisdição penal. Para formar a convicção do magistrado, são disponibilizados diversos meios de prova, porém devem ser respeitados os direitos e as garantias fundamentais do indivíduo, bem como a inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos.⁵⁰

2.1.1. Verdade formal e Verdade material

A verdade no âmbito processual se dá pela reconstrução dos fatos, e depende da contribuição de provas produzidas pelas partes e por vezes requeridas pelo juiz, para comprovar as alegações feitas em juízo.⁵¹

O princípio da verdade material se contrapõe ao princípio da verdade formal. A verdade formal é aquela em que o juiz analisa os pedidos e as provas produzidas pelas partes. O juiz não faz diligências *ex officio* para apurar a verdade, é mero expectador das provas produzidas. Essa verdade obtida pelas provas produzidas, não é necessariamente correspondente a realidade.⁵²

De outro modo, a verdade material consiste na investigação dos fatos a fundo, sem qualquer presunção. A realidade deve ser transmitida da melhor forma, assim, a pesquisa dos fatos que ocorreram deve ser ampla e mais intensa, para que um julgamento justo seja proferido. Há menos limitações relacionadas à busca e admissibilidade das provas produzidas. O magistrado tem uma participação mais efetiva na instrução penal, não se contentando apenas com as provas produzidas pelas partes.⁵³

⁵⁰OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. **Curso de Processo Penal**. 12^a edição. Rio de Janeiro. Editora Lumen Juris, 2009, p.318.

⁵¹OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. **Curso de Processo Penal**. 12^a edição. Rio de Janeiro. Editora Lumen Juris, 2009, p.346.

⁵²DEMERCIAN, Pedro Henrique e MALULY, Jorge Assaf. **Curso de Processo Penal**. São Paulo. Editora Atlas, 1999, p.28.

⁵³ FEITOZA, Denilson. **Direito Processual Penal-Teoria, Crítica e Práxis**. 6ª edição. Rio de Janeiro: Editora Ímpetus, 2009, p.708.

Nas palavras de Eugenio Pacelli de Oliveira:

Enquanto o processo civil aceita uma certeza obtida pela simples ausência de impugnação dos fatos articulados na inicial (art. 302, CPC), sem prejuízo da iniciativa probatória que se confere ao julgador, no processo penal não se admite tal modalidade de certeza (frequentemente chamada de verdade formal, porque decorrente de uma presunção legal), exigindo-se a materialização da prova. Então, ainda que não impugnados os fatos imputados ao réu, ou mesmo confessados, compete à acusação a produção de provas da existência do fato e da respectiva autoria, falando-se, por isso, em uma verdade material.⁵⁴

2.2.Requisitos para licitude da prova em geral

Dispõe o art. 155 do Código de Processo Penal:

O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.

Dessa forma pode-se destacar dois requisitos de validade da prova, sendo eles, o direito ao contraditório da prova produzida e a presença do juiz como condição de validade das provas.

2.2.1.Contraditório

O princípio do contraditório confere as partes envolvidas no processo, a possibilidade de manifestação sobre as provas produzidas. O juiz, ao se pronunciar sobre a aplicação do direito ao caso concreto permitir a uma das partes a oitiva, deve em seguida, permitir a manifestação da outra parte.⁵⁵

⁵⁴ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. **Curso de Processo Penal**. 13ª edição. Rio de Janeiro. Editora Lumen Juris, 2009, p.347.

⁵⁵ CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 13ª edição. São Paulo. Editora Saraiva, 2006, p.19.

Para Eugênio Pacelli de Oliveira, o direito ao contraditório não se traduz apenas na garantia das partes serem informadas sobre os fatos ou alegações contrárias a seus interesses e suas reações sobre estes, mas também na garantia que a resposta dada a esses fatos ou informações possam ser obtidas com a mesma intensidade e extensão que fora permitida à outra parte se valer. O princípio do contraditório inclui o princípio da *par conditio* ou da paridade de armas, prevendo uma igualdade de instrumentos no processo.⁵⁶

Não se pode instaurar um processo legal, objetivando a busca da verdade dos fatos, sem permitir o direito de defesa. De acordo com Paulo Rangel, o princípio do contraditório supõe igualdade das partes, possibilita idênticas condições para que estas produzam suas provas e se manifestem sobre as informações.⁵⁷

Para Ada Pellegrini, Antonio Scarance e Magalhães Gomes Filho, a garantia do contraditório não deve ser observada apenas pelo âmbito da oposição ou resistência, mas também sobre a relevância que a parte tem de participar e incidir no resultado do processo. Em suas palavras:

Salienta-se, assim o direito à prova como aspecto de particular importância no quadro do contraditório, uma vez que a atividade probatória representa o momento central do processo: estritamente ligada à alegação e à indicação dos fatos, visa ela a possibilitar a demonstração da verdade, revestindo-se de particular relevância para o conteúdo do provimento jurisdicional. O concreto exercício da ação e da defesa fica essencialmente subordinado à efetiva possibilidade de se representar ao juiz a realidade do fato posto como fundamento das pretensões das partes, ou seja, de estas poderem servir-se das provas.⁵⁸

⁵⁶OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. **Curso de Processo Penal**. 12ª edição. Rio de Janeiro. Editora Lumen Juris, 2009, p.38.

⁵⁷RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 17ª edição. Rio de Janeiro. Editora Lumen Juris, 2010, p. 18.

⁵⁸GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance e GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **As Nulidades no Processo Penal**. 8ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p.143.

Conforme diversas definições expostas do princípio do contraditório, unânime é a posição dos doutrinadores acerca da imprescindibilidade da igualdade às partes para produção e defesa da matéria probatória constante no processo. Exige-se a presença do contraditório na formação e produção de provas, para que não ocorra o chamado *cerceamento de defesa* ou *acusação*.⁵⁹

Além da necessidade da prova colhida ser submetida ao contraditório, é indispensável que prova seja produzida na presença do juiz. No processo penal, as provas que foram produzidas em inquérito policial e procedimentos ou sindicâncias administrativas em geral, não são capazes de induzir a formação da convicção do juiz. Essas provas apenas servem para a formação da *opinio delicti*, tendo efeitos para o oferecimento da denúncia. Dessa forma, é inadmissível a condenação fundada em provas colhidas em inquéritos policiais, ou procedimentos administrativos prévios que não foram confirmadas, colhidas em juízo.⁶⁰

2.3. Ônus da prova

Dispõe o art. 156 do Código de Processo Penal:

A prova da alegação incumbirá a quem fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício:

I- ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida;

II- determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante.

⁵⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance e GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **As Nulidades no Processo Penal**. 8ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p.144.

⁶⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance e GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **As Nulidades no Processo Penal**. 8ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p.145.

A redação do art. 156 do CPP foi modificada pela Lei 11.690/08, trazendo uma discussão doutrinária acerca da inconstitucionalidade desse dispositivo. De acordo com Paulo Rangel, o sistema acusatório do processo penal não permite que o juiz conduza a produção de provas iniciada antes da instrução penal, por estar ferindo a imparcialidade do juiz.⁶¹

Essa inconstitucionalidade decorre da contradição entre o art. 155 do CPP e o art. 156 do CPP. No primeiro artigo dispõe que o juiz somente poderá decidir com base nas provas produzidas em contraditório judicial, não podendo fazê-lo exclusivamente nas provas colhidas na investigação, e no dispositivo seguinte lhe é permitido determinar na fase de inquérito, as diligências para produção de provas relevantes. Para essa corrente, a reforma da Lei 11.690/08 afronta o sistema acusatório adotado pela Constituição da República, por colocar o juiz no centro da colheita da prova.⁶²

De acordo com esse dispositivo deve-se analisar o ônus probatório no processo penal. Em processo penal, o ônus da prova deve ser transferido ao órgão de acusação. Dessa forma, cabe a quem alegar a existência de um crime, bem como a autoria a prova dos fatos.⁶³

Nesse sentido, afirma Paulo Rangel:

Se o ônus é um encargo, um peso, um fardo que deve ser suportado pelo Ministério Público em face da acusação feita em sua peça exordial, entendemos que o ônus tem a natureza de uma faculdade jurídica, ou seja, é a liberdade que tem o Ministério Público de utilizar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, a fim de

⁶¹ RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 18ª edição. Rio de Janeiro. Editora Lumen Juris, 2010, p. 505.

⁶² RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 18ª edição. Rio de Janeiro. Editora Lumen Juris, 2010, p. 505.

⁶³ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. **Curso de Processo Penal**. 13ª edição. Rio de Janeiro. Editora Lumen Juris, 2010, p.323.

demonstrar a veracidade dos fatos que alega, pois seu insucesso acarretará a absolvição do réu, mas não lhe trará consequências jurídicas.⁶⁴

Dessa forma, autorizar o juiz a determinar diligências necessárias para esclarecer dúvidas não quer dizer que o juiz tem o ônus da prova, apenas tem o dever de busca da verdade real. Assim, a inovação da Lei 11.690/08 que permitiu a produção antecipada de provas pelo juiz antes de iniciada a ação penal, deve observar a necessidade, a adequação e a proporcionalidade da medida, observadas as situações excepcionais, para não comprometer sua imparcialidade.⁶⁵

As partes, o juiz e terceiros, como peritos, produzem atos para provar a existência ou inexistência de fatos, em um processo litigioso. A importância da prova no processo serve para levar o magistrado acerca dos elementos que darão fim a causa do litígio. A prova envolvida em processos judiciais é de fundamental importância, pois os debates doutrinários sobre temas jurídicos de nada serviriam se não houvesse a existência dela, por constituir forma de se obter a veracidade de uma afirmação.⁶⁶

Nas palavras de Luiz Rodrigues Wambier:

Meios da prova são as diversas modalidades pelas quais a constatação sobre a ocorrência ou inoccorrência dos fatos chega até o juiz. Podem ser diretos (inspeção judicial, fatos notórios) ou indiretos (documentos, testemunhas). Conteúdo da prova é o resultado que o meio produz, ou seja, o convencimento que o juiz passa a ter da ocorrência ou inoccorrência dos fatos, porque a ele foram levados (e revelados) por determinado meio de prova.⁶⁷

⁶⁴ RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 18ª edição. Rio de Janeiro. Editora Lumen Juris, 2010, p. 507.

⁶⁵ JESUS, Damásio de. **Código de Processo Penal Anotado**. 24ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2010, p.186.

⁶⁶ WAMBIER, Luiz Rodrigues. **Curso Avançado de Processo Civil**. 10ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p.450.

⁶⁷ WAMBIER, Luiz Rodrigues. **Curso Avançado de Processo Civil**. 10ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p.450.

Deve haver uma comprovação dos fatos alegados, e havendo dúvida quanto à veracidade destes, a prova é necessária. O objeto da prova é o fato a ser demonstrado. Os fatos demonstrados por provas durante o processo são capazes de influir na decisão do processo, na responsabilidade, na fixação da pena, por exemplo, assim devendo ser comprovada perante o juiz que está instruindo o processo. A atividade probatória só deve ser relevante para fatos que ainda causem dúvida quanto a sua veracidade. Deve haver relevância para o julgamento da causa, não sendo permitida atividade probatória do que já não merece apreciação.⁶⁸

Magalhães Filho assegura:

Os mecanismos probatórios visam à formação e a justificação do convencimento judicial (...), pois somente a concreta apreciação da prova, verificável pela motivação da sentença, assegura a efetividade do direito à prova.⁶⁹

Nesse sentido, a prova seria instrumento para se definir a verdade. Em regra, no processo penal, todos os fatos precisam ser provados, pois prevalece o interesse social no campo penal. Porém, há fatos que não dependem da produção de provas, dispensando a força probatória. Os fatos axiomáticos ou intuitivos são aqueles fatos evidentes ao processo. O fato evidente é aquele grau de certeza que se tem dos conhecimentos nos quais o cunho de verdade se impõe. Se o objetivo da prova é formar a convicção do magistrado, sendo o fato evidente, a convicção já está formada, não carecendo assim de prova. Os fatos notórios são aqueles cujo conhecimento faz parte da notoriedade de todos. Neste caso, aplica-se o princípio *notorium non eget probatione*. Não deverá ser provado algo que já faz parte do conhecimento de uma sociedade.⁷⁰

⁶⁸ ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. **Da prova no processo penal**. Editora Saraiva, 2004, p.26.

⁶⁹ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **Direito à prova no processo penal**. Editora Revista dos Tribunais, 1997, p.89.

⁷⁰ CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 13ª edição. Editora Saraiva. São Paulo, 2003, p.283.

Os fatos de presunções legais são aqueles que o conhecimento decorre da própria lei. A lei afirma a existência de um fato e sua veracidade, independente de prova. A doutrina classifica as presunções legais em absolutas e relativas. As presunções absolutas são aquelas em que não se admitem prova em contrário, assim, equivale a uma prova inútil a que se pretende contestar presunção absoluta. De outro modo, as presunções relativas admitem prova em contrário e o ônus caberá àquele que se beneficia da contraprova.⁷¹

Ainda de acordo com Denilson Feitosa, a presunção absoluta no processo penal é incompatível com a atual Constituição da República. Incompatível por violar o princípio do contraditório, onde as partes não podem demonstrar suas versões diante de um fato e ainda, por violar o princípio da ampla defesa, pela impossibilidade do réu produzir prova que demonstre a inverdade de um fato.⁷²

Os fatos inúteis decorrem do princípio frustra probatur quod probantum non relevat. São os fatos que independentemente de sua veracidade não influenciam o contexto do processo litigioso. Há fatos que necessitam da existência de prova. Se o juiz se questionar sobre algo que esteja em situação duvidosa, haverá a necessidade de produção de prova, pois o magistrado não está obrigado a aceitar o que foi anteriormente alegado pelas partes. A prova para ser admitida em processo penal deverá ser admissível, aquela prova permitida por lei; pertinente ou fundada, deve estar relacionada ao processo; concludente, aquela que visa esclarecer um ponto determinado com a questão controvertida e possível de realização.⁷³

2.4. Espécies de prova

⁷¹FEITOZA, Denilson. **Direito Processual Penal-Teoria, Crítica e Práxis**. 6ª edição. Rio de Janeiro: Editora Ímpetus, 2009, p.722.

⁷²FEITOZA, Denilson. **Direito Processual Penal-Teoria, Crítica e Práxis**. 6ª edição. Rio de Janeiro: Editora Ímpetus, 2009, p.722.

⁷³ CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 13ª edição. Editora Saraiva. São Paulo, 2003, p.283.

Necessário ao presente estudo é analisar as espécies de prova presentes no ordenamento jurídico.

As provas dividem-se em duas espécies, sendo elas as provas típicas e atípicas. As típicas ou nominadas, são aquelas definidas pelo direito positivo. No processo Penal, esses meios legais de provas estão elencados na lei, exemplificados nos arts. 158 à 250 do CPP, a prova documental, prova testemunhal, confissão, entre outros. As provas atípicas ou inominadas são aquelas que não estão elencadas na lei, mas são moralmente legítimas, por não violarem a moral e os bons costumes, sendo admissíveis por serem úteis para o deslinde da causa posta em juízo.⁷⁴

Nesse sentido, versa o art. 5º, LV, da Constituição Federal:

Aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral, são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

Verifica-se dessa forma que as provas atípicas, as que não estão especificadas em lei, são admitidas pelo art. 5º, LV, da Constituição Federal, por não haver restrição ao direito à prova (excetuando as provas obtidas por meios ilícitos), garantindo o princípio constitucional do contraditório, bem como o art. 332 do Código de Processo Civil que dispõe: “Todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou a defesa”.⁷⁵

De outro modo, o Código de Processo Penal apenas exemplifica as espécies de prova, sem estabelecer um rol taxativo.⁷⁶

⁷⁴Câmara, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. 17ª edição. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008, p. 385.

⁷⁵Câmara, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. 17ª edição. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008, p. 386.

⁷⁶FEITOZA, Denilson. **Direito Processual Penal-Teoria, Crítica e Práxis**. 6ª edição. Rio de Janeiro: Editora Ímpetus, 2009, p.726.

2.5. Sistema de apreciação de provas

Importante ressaltar no presente estudo, o sistema de apreciação de provas, pois é nesse momento que o juiz faz a valoração das provas contidas nos autos, na busca da verdade dos fatos. Existem três sistemas de apreciação de provas.⁷⁷

No sistema da íntima convicção ou da certeza moral do juiz, o magistrado tem a liberdade de decidir exclusivamente de acordo com a sua consciência, não sendo obrigado a fundamentar sua decisão. No sistema da prova tarifada ou da certeza moral do legislador, todas as provas possuem seu valor prefixado em lei, não tendo o magistrado a liberdade de decidir se determinada prova é suficiente para comprovar os fatos. Do mesmo modo, a lei determinava que a comprovação de determinados fatos somente através de determinada prova, sendo inadmissível o magistrado adotar outro meio.⁷⁸

O sistema da persuasão racional é o sistema adotado no atual Código de Processo Penal Brasileiro. O magistrado tem a liberdade de decidir de acordo com seu livre convencimento, fundamentando sua decisão de acordo com as provas contidas nos autos do processo. O sistema da persuasão racional não estabelece o valor entre as provas, nem hierarquia entre elas, pois nenhuma prova tem mais valor que a outra. Todas as provas são relativas, nenhuma delas tem valor absoluto, ou maior prestígio que outra.⁷⁹

Nesse sentido, versa Ada Pellegrini Grinover, Antônio Scarance Fernandes e Antônio Magalhães Gomes Filho:

⁷⁷RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 17ª edição. Rio de Janeiro. Editora Lumen Juris, 2010, p. 500.

⁷⁸RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 17ª edição. Rio de Janeiro. Editora Lumen Juris, 2010, p. 503.

⁷⁹RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 17ª edição. Rio de Janeiro. Editora Lumen Juris, 2010, p. 506.

É exatamente nisso que consiste o método do livre convencimento ou persuasão racional, o qual se cumpre pela valoração de todo o material probatório existente nos autos, e somente deste. Por ele o juiz forma livremente o seu convencimento, mas sem despotismo, porque a decisão há de ser fundamentada e só pode alicerçar-se sobre as provas existentes nos autos.⁸⁰

Como modalidades de prova inominada estão as provas emprestadas, por não estarem elencadas na lei, mas são permitidas pelo ordenamento jurídico por serem idôneas e admissíveis⁸¹. Dessa forma, há de se aprofundar no estudo da prova emprestada.

2.6. Prova Emprestanda

A prova emprestada é a que foi produzida em um processo, e depois transportada para outro, visando gerar efeitos. Qualquer meio de prova, originariamente sendo testemunhal, confissão do acusado, documentos em geral, quando trasladados para outro processo, assumem forma documental. Isso porque as provas trazidas de outro processo foram transportadas documentalmente, mediante cópias das provas produzidas no processo originário. Às provas emprestadas devem se aplicar os princípios que regem a prova em geral.⁸²

A prova emprestada segundo Guilherme de Souza Nucci:

É aquela produzida em outro processo e, através da reprodução documental, juntada no processo criminal pendente de decisão. O juiz pode levá-la em consideração, embora deva ter a especial cautela de verificar como foi formada no outro feito, de onde foi importada, para saber se houve o indispensável devido processo legal. Essa verificação inclui, naturalmente, o direito indeclinável ao contraditório, razão pela qual abrange o fato de ser constatado se as mesmas partes estavam envolvidas no processo onde a prova foi efetivamente produzida.⁸³

⁸⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance e GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **As Nulidades no Processo Penal**. 8ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p.149.

⁸¹ SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras Linhas de Direito Processual Civil**. Volume 2. 16ª edição, 1994, p.332.

⁸² GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance e GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **As Nulidades no Processo Penal**. 8ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p.147.

⁸³ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 8ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p.343.

2.6.1. Requisitos para admissão da prova emprestada na doutrina e jurisprudência.

Quanto à eficácia da prova emprestada, é necessário apontar que ainda há dúvidas e controvérsias, pois alguns autores afirmam que essa prova transportada não teria o mesmo valor que a prova produzida em processo originário. Para que essa prova tenha a mesma eficácia é necessário o cumprimento de alguns requisitos.⁸⁴

Parte da doutrina institui como requisito a necessidade da prova emprestada ter sido colhida em processo entre as mesmas partes. Para a admissibilidade dessa prova, é necessário que ela tenha sido produzida anteriormente em um processo formado pelas mesmas partes que o processo posterior. Para essa corrente, tratando de partes diferentes, essa prova não terá a mesma eficácia, pois não foi submetida ao crivo do contraditório. Dessa forma, a prova emprestada não pode gerar efeitos contra quem não participou do processo originário.⁸⁵

Porém, para outra parte da doutrina, de forma correta, afirma que a prova emprestada também poderá ser utilizada tratando-se de partes diferentes, desde que seja submetida ao crivo do contraditório no processo para a qual será submetida.⁸⁶

Confirmando esse requisito, precedente do Superior Tribunal de Justiça:

⁸⁴RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 17ª edição. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010, p. 479.

⁸⁵GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance e GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **As Nulidades no Processo Penal**. 8ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p.148.

⁸⁶RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 17ª edição. Rio de Janeiro. Editora Lumen Juris, 2010, p. 480.

(...) Não estando a decisão que ordenou a preventiva embasada única e exclusivamente nos elementos informativos colhidos através de prova emprestada - escuta telefônica devidamente autorizada judicialmente- justificando-se a prisão também a bem da aplicação da lei penal, diante da evasão do paciente do distrito da culpa, não há o que se falar em desobediência ao previsto no art. 155 do CPP, até porque devidamente motivado o decreto de custódia antecipada.² Permite tanto a doutrina quanto a jurisprudência a utilização de prova emprestada no processo criminal, desde que tenha sido produzida legalmente, ambas as partes dela tenham ciência e seja-lhes garantido o direito ao contraditório.³ A prova emprestada submetida ao exame é lícita, porque produzida sem violação às normas constitucionais ou legais (art. 157, caput, do CPP), e legítima, vez que obtida em respeito às regras processuais(...)⁸⁷

Segundo Paulo Rangel, é necessário que a prova emprestada tenha sido submetida ao crivo do contraditório no processo originário. Se no processo em que se vai transferir a prova não foi observado o princípio constitucional do contraditório, deverá ao processo posterior, ser submetida a ele, sob pena de impossibilidade de motivação pelo juiz acerca dessas provas.⁸⁸

O princípio do contraditório, em alguns casos, tem um efeito diferido, por ser incompatível com a natureza da medida que se pretende adotar, como nos casos de provas cautelares, não repetíveis e antecipadas, como alguns exames periciais e provas oriundas de interceptação telefônica.⁸⁹

De acordo com Paulo Rangel:

A lei ao estatuir o princípio da publicidade interna restrita (*cf. art. 1º, in fine*) exigiu, a contrario sensu, que se adotasse o princípio do contraditório diferido, ou seja, retardado, demorado, pois, não há como se adotar uma medida cautelar desta natureza sem privar (naquele momento) o réu do conhecimento da medida que será adotada em seu desfavor.⁹⁰

⁸⁷ BRASIL. PARANÁ. STF. **HABEAS CORPUS 126302**. Relator Ministro Jorge Mussi. Julgamento: 23/06/2009.

⁸⁸ RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 17ª edição. Rio de Janeiro. Editora Lumen Juris, 2010, p. 481.

⁸⁹ RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 17ª edição. Rio de Janeiro. Editora Lumen Juris, 2010, p. 19.

⁹⁰ RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 17ª edição. Rio de Janeiro. Editora Lumen Juris, 2010, p. 19.

O contraditório diferido adotado pela lei das interceptações telefônicas exige a presença do contraditório após a colheita do material probatório. Assim, a medida cautelar adotada *inaudita altera pars*, tem efeito retardado para que o segredo nas investigações possa ter eficácia e atingir os objetivos.⁹¹

Nesse sentido o Tribunal Regional Federal da 4ª Região, decidiu:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. DESCAMINHO. MATERIALIDADE E AUTORIA. COMPROVAÇÃO. PROVA DOCUMENTAL PRODUZIDA DURANTE O INQUÉRITO POLICIAL, NÃO REPETIDA EM JUÍZO. CONTRADITÓRIO DIFERIDO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE.

1. Materialidade e autoria devidamente demonstrados através da prova documental produzida durante a fase investigativa, não repetida em juízo, sendo possível ao julgador utilizar tais elementos, exclusivamente, para fins de embasamento do decreto condenatório, tendo em vista que, nessa espécie de prova, o contraditório é diferido ou postergado para momento posterior à instauração da ação penal, tendo a defesa a possibilidade de contraditar os documentos constantes do inquérito.⁹²

Dessa forma, decidiu o Superior Tribunal de Justiça similarmente:

(...)4. Não há ofensa ao princípio do *due process of law*, do qual são corolários os princípios da ampla defesa e do contraditório, diante da juntada em apenso, por ordem judicial, aos autos da ação penal, de cópia da interceptação telefônica produzida através de inquérito policial em que se investigava a continuidade da prática criminosa imputada ao paciente e demais membros de quadrilha especialmente voltada ao cometimento de crimes de contrabando ou descaminho de cigarros oriundos do Paraguai, pois além de não ter sido utilizada como único subsídio para a manutenção da prisão preventiva, com tal procedimento permitiu-se às partes ciência integral do teor das gravações, e, via de consequência, que fossem devidamente contraditadas, antes do julgamento da apelação criminal em curso perante o TRF da 4ª Região.

5. Ademais, a defesa do réu, bem antes de o feito ser encaminhado à Corte originária, teve acesso à integralidade da representação criminal impugnada, e, consequentemente, oportunidade de contestar os elementos de prova ali contidos.(...) ⁹³

⁹¹ RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 17ª edição. Rio de Janeiro. Editora Lumen Juris, 2010, p. 20.

⁹² BRASIL. PARANÁ. TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL 4ª REGIÃO. **APELAÇÃO CRIMINAL 136**. Relator Desembargador Victor Luiz dos Santos Laus. Julgamento 28/04/2010.

⁹³ BRASIL. PARANÁ. STF. **HABEAS CORPUS 126302**. Relator Ministro Jorge Mussi. Julgamento: 23/06/2009.

Precedente do Supremo Tribunal Federal decidiu acerca do contraditório da prova emprestada:

(...)prova emprestada - inobservância da garantia do contraditório - valor precário - processo penal condenatório. - a prova emprestada, especialmente no processo penal condenatório, tem valor precário, quando produzida sem observância do princípio constitucional do contraditório. embora admissível, e questionável a sua eficácia jurídica. Incorre, contudo, cerceamento de defesa, se, inobstante a existência de prova testemunhal emprestada, não foi ela a única a fundamentar a sentença de pronúncia (...).⁹⁴

Nesse julgamento, o impetrante suscitou a nulidade da sentença de pronúncia por ter sido supostamente baseada em prova emprestada referente a outro acusado e produzida antes do aditamento que incluiu o acusado na denúncia, sustentando assim, ofensa ao princípio do contraditório.

O voto do relator do processo Ministro Celso de Mello, foi no sentido do não acolhimento da nulidade da pronúncia. O apontamento pelo impetrante que a sentença de pronúncia foi fundada em prova emprestada sem o contraditório, já que os advogados não estavam presentes na audiência de inquirição de testemunhas arroladas na denúncia, eis que foram ouvidas antes do aditamento que incluiu o mesmo na denúncia, não vigorou. Como consta no voto do relator, a prova produzida com a inobservância do contraditório tem valor duvidoso. A decisão negou ter havido cerceamento de defesa por ter sido utilizada a prova emprestada, pois essa prova não foi a única a embasar a sentença.

De acordo com o voto do Ministro Sepúlveda Pertence, a pronúncia fundada em prova testemunhal feita na instrução criminal relativa a outro réu, nas circunstâncias do caso, constituiria ofensa ao princípio do contraditório, porém não decidiu pela nulidade da pronúncia por não ter sido a única prova a embasar a sentença.

⁹⁴ BRASIL. RIO GRANDE DO SUL/RS. STF. **HABEAS CORPUS 67707**. Relator Ministro Celso de Mello. Julgamento: 07/11/1989.

O Supremo Tribunal Federal reconhece assim, a possibilidade de uso de provas emprestada desde que sejam respeitados os princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório.

De acordo com os precedentes do STJ, a prova emprestada não pode ser a única prova a formar a convicção do julgador:

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. ALEGAÇÃO DE NULIDADE. PROVA EMPRESTADA. UTILIZAÇÃO NO PROCESSO PENAL. POSSIBILIDADE. PECULIARIDADES DO CASO. EMPREGO DE ARMA. CONFIGURAÇÃO. DISPARO EFETUADO. CÁLCULO DA PENA. FUNDAMENTAÇÃO QUANTO À OCORRÊNCIA DAS MAJORANTES. AUSÊNCIA. REGIME PRISIONAL. FLAGRANTE ILEGALIDADE. GRAVIDADE EM ABSTRATO DO DELITO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS TOTALMENTE FAVORÁVEIS. FIXAÇÃO DO REGIME SEMIABERTO. ORDEM DE OFÍCIO.

I - A prova emprestada é admissível no processo penal, desde que não constitua o único elemento de convicção a respaldar o convencimento do julgador.

II - Na espécie, a tese de nulidade aventada pela defesa não comporta acolhimento, a uma porque a prova emprestada foi colhida em processo entre as mesmas partes, com observância dos princípios do contraditório e ampla defesa, e, a duas, porque assumiu caráter meramente complementar aos demais elementos de convicção que sustentaram o decreto condenatório.⁹⁵

Outro requisito trazido pela doutrina é a necessidade de existência de identidade entre os fatos do processo originário, e com os fatos que as partes querem provar no processo posterior. Entende-se que essa identidade ou semelhança entre os fatos dos dois processos é necessário para a validade e eficácia dessa prova, pois caso contrário haveria cerceamento de acusação ou de defesa, por não haver pertinência com os fatos do processo em que a prova será emprestada.⁹⁶

⁹⁵ BRASIL. RIO DE JANEIRO/RJ. STF. **HABEAS CORPUS 155149**. Relator Ministro Felix Fischer. Julgamento: 29/04/2010.

⁹⁶ RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 17ª edição. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010, p. 480.

(...)A prova emprestada é admissível no âmbito do processo penal, quando colhida em feito entre as mesmas partes, foi produzida com obediência aos procedimentos legais, diz respeito aos mesmos fatos objetos da acusação que se busca provar, com ampla oportunidade de manifestação do acusado em ambas as ações, inexistindo, assim, ofensa ao princípio do contraditório. Precedentes do STJ.(...)⁹⁷

No mesmo sentido,

(...)É lícita a prova de crime diverso, obtida por meio de interceptação de ligações telefônicas de terceiro não mencionado na autorização judicial de escuta, desde que relacionada com o fato criminoso objeto da investigação. Precedentes.(...)⁹⁸

Paulo Rangel aponta algumas questões controvertidas da prova emprestada. Caso o processo originário tenha emprestado prova testemunhal para outro processo, estando presentes todos os requisitos para que essa prova seja admissível, e havendo condenação fundamentada nesses depoimentos. Em hipótese do processo originário ser declarado nulo por incompetência absoluta do juiz, o autor entende que a prova emprestada também deverá ser desconsiderada no processo posterior, pois fora contaminada, devendo ser desentranhada do processo.⁹⁹

Ante o exposto as controvérsias da prova emprestada, há de afirmar o entendimento do presente trabalho. A posição mais acertada é a admissibilidade da prova emprestada, de acordo com o Supremo Tribunal Federal, quando sabatinada pelas mesmas partes com a observância dos princípios do contraditório e a ampla defesa. Também deve ser admitida a prova emprestada se tratando de partes diferentes, desde que no processo posterior onde a prova será emprestada, seja dada a oportunidade a elas de contraditarem os elementos constantes da prova. A posição do Superior Tribunal de Justiça de que a prova emprestada não

⁹⁷ BRASIL. RIO GRANDE DO SUL/RS. STF. **HABEAS CORPUS 63658**. Relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho. Julgamento: 07/08/2007.

⁹⁸ BRASIL. DISTRITO FEDERAL/DF. STF. **HABEAS CORPUS 33462**. Relatora Ministra Laurita Vaz. Julgamento: 27/09/2005.

⁹⁹ RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 17ª edição. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010, p. 480.

pode ser a única a formar a convicção do julgador é falha, pois o sistema brasileiro da persuasão racional não estabelece valor entre as provas, sendo inadmissível a hierarquia entre elas.

Outra questão controvertida apontada, e que será objeto do presente estudo no próximo capítulo, é possibilidade da prova emprestada obtida por interceptação telefônica autorizada judicialmente ser admissível em processo cível. No próximo capítulo, essa questão será profundamente analisada, apontando-se as divergências doutrinárias e jurisprudenciais.

3. A POSSIBILIDADE DE EMPRÉSTIMO DA PROVA CRIMINAL OBTIDA POR INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA

No presente capítulo será analisado o precedente do Supremo Tribunal Federal que permitiu a transposição da prova obtida por meio de interceptação telefônica para instruir procedimento administrativo disciplinar, verificando sua licitude e analisando a possível transposição dessa prova para o processo cível.

3.1. Análise da Questão de Ordem 2424 pelo STF

Neste primeiro momento, há de se analisar o julgamento da questão de ordem 2424 pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal:

EMENTA: PROVA EMPRESTADA. Penal. Interceptação telefônica. Escuta ambiental. Autorização judicial e produção para fim de investigação criminal. Suspeita de delitos cometidos por autoridades e agentes públicos. Dados obtidos em inquérito policial. Uso em procedimento administrativo disciplinar, contra outros servidores, cujos eventuais ilícitos administrativos teriam despontado à colheita dessa prova. Admissibilidade. Resposta afirmativa a questão de ordem. Inteligência do art. 5º, inc. XII, da CF, e do art. 1º da Lei federal nº 9.296/96. Precedente. Voto vencido. Dados obtidos em interceptação de comunicações telefônicas e em escutas ambientais, judicialmente autorizadas para produção de prova em investigação criminal ou em instrução processual penal, podem ser usados em procedimento administrativo disciplinar, contra a mesma ou as mesmas pessoas em relação às quais foram colhidos, ou contra outros servidores cujos supostos ilícitos teriam despontado à colheita dessa prova.¹⁰⁰

O julgamento do inquérito 2424 chegou à Corte do Supremo Tribunal Federal em agosto de 2006, investigando a suposta participação do ministro, na época afastado, do Superior Tribunal de Justiça, Paulo Medina e seu irmão, o advogado, Virgílio Medina, o desembargador do Tribunal Regional Federal da 2ª

¹⁰⁰ BRASIL. RIO DE JANEIRO/RJ. STF. **QUESTÃO DE ORDEM EM INQUÉRITO 2424**. Relator Ministro Cezar Peluso. Julgamento: 24/04/2007.

região, José Eduardo Carreira Alvim, o juiz do Tribunal Regional do Trabalho de Campinas, Ernesto da Luz Pinto Dória, e do Procurador Regional da República, João Sérgio Leal Pereira, em um esquema de venda de sentenças judiciais para beneficiar empresários do jogo do bicho.

Em questão de ordem no inquérito 2424, o Superior Tribunal de Justiça e o Conselho Nacional requereram as cópias dos dados das interceptações telefônicas autorizadas, a fim de instaurar processo administrativo¹⁰¹ destinado a apurar infrações disciplinares a magistrados sujeitos a seu controle administrativo.

Em seu voto, o relator Ministro Cezar Peluso, analisa o aspecto da produção da prova por meio de interceptação telefônica, descrevendo que a restrição constitucional visa à preservação da intimidade, a dignidade da pessoa, até o momento em que o interesse público sobrepõe-se sobre o bem jurídico privado, com a finalidade da repressão criminal. Assim, a garantia constitucional prevista, não serve para proteger atividades ilícitas.

De acordo com o referido voto, fora autorizado o empréstimo das provas obtidas por meio de interceptações telefônicas para apuração em procedimento administrativo disciplinar sobre diversos argumentos. O primeiro deles foi a inadmissibilidade de se recusar os resultados da interceptação legalmente autorizada para servir em procedimentos não penais, perante os órgãos decisórios competentes e contra as mesmas partes. Trata-se de prática ou autoria configurada em um mesmo ato, que para ser apurado sendo alvo de interceptação telefônica, fora constatada a exigência do superior interesse público.

¹⁰¹ Segundo Hely Lopes Meirelles, Processo administrativo disciplinar, também chamado impropriamente inquérito administrativo, é o meio de apuração e punição de faltas graves dos servidores públicos e demais pessoas sujeitas ao regime funcional de determinados estabelecimentos da Administração. Tal processo baseia-se na supremacia especial que o Estado mantém sobre todos aqueles que se vinculam a seus serviços ou atividades, definitiva ou transitoriamente, submetendo-se à sua disciplina. É um processo punitivo, mas com tais peculiaridades e tanta frequência na prática administrativa que merece destaque dentre seus congêneres, mesmo porque os estatutos dos servidores públicos geralmente regulamentam a sua tramitação para cada órgão ou entidade estatal interessada. (MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 24ª edição: Editores Malheiro, 1999, p. 623)

Ainda em relato de seu voto, o Ministro Cezar Peluso afirma que não há argumentos para demonstrar uma nova ruptura na inviolabilidade pessoal das comunicações telefônicas. Apenas deve-se reconhecer o documento probatório provido de uma interceptação legalmente autorizada por conta da aparência do caráter também criminoso do mesmo ato. Não há razão para se falar em vício de inobservância ou alargamento da limitação constitucional que garante a inviolabilidade das comunicações telefônicas, pois a intimidade do agente já fora violada e a intenção do empréstimo da prova é tirar da mesma fonte de prova a capacidade de convencimento para prestar em outro processo ou procedimento, à reconstituição dos atos já apurados na esfera criminal.

Em outro caso, no julgamento do RMS 16429/SC do STJ, a sexta turma entendeu pela admissão dos dados obtidos por meio de interceptação telefônica servirem de empréstimo para processo administrativo disciplinar. O relatório faz uma ressalva quanto à admissibilidade dessa prova, sendo a necessidade de autorização do juízo criminal competente para a sua remessa e utilização pela Administração, conforme o julgado:

RECURSO ORDINÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA AUTORIZADA POR JUIZ CRIMINAL. PROVA EMPRESTADA. SINDICÂNCIA E PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. NECESSIDADE DE AUTORIZAÇÃO DO JUÍZO CRIMINAL. NÃO-OCORRÊNCIA NO CASO. NULIDADE.

1. É cabível o uso excepcional de interceptação telefônica em processo disciplinar, desde que seja também observado no âmbito administrativo o devido processo legal, respeitados os princípios constitucionais do contraditório e ampla defesa, bem como haja expressa autorização do Juízo Criminal, responsável pela preservação do sigilo de tal prova, de sua remessa e utilização pela Administração.

2. São nulos o desenvolvimento de sindicância e a instauração de processo administrativo disciplinar com base exclusivamente em fita cassete e gravação oriundas de interceptação telefônica, se o envio e a utilização das referidas provas não forem autorizados pelo Juízo Criminal.

3. Recurso ordinário provido. Segurança concedida.¹⁰²

¹⁰²BRASIL. SANTA CATARINA/SC. STF. **RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA 16429**. Relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura. Julgamento: 02/06/2008.

3.2. Diferenças doutrinárias acerca da admissibilidade do traslado da prova

Diante dos precedentes analisados, deve-se verificar as divergências doutrinárias acerca da transferência da prova criminal obtida por interceptação para outras esferas do Direito.

Pois bem: suponhamos que se cuide de fita magnética, gravada mediante interceptação telefônica para a qual se tinha autorização judicial. A fita era admissível como prova no âmbito penal; não no civil, já que para este não se teria podido autorizar a interceptação. Quid iuris se o interessado quer utilizá-la como 'prova emprestada' perante o juiz civil? No campo doutrinário tem-se admitido a possibilidade de semelhante utilização. A favor dela pode argumentar-se que, uma vez rompido o sigilo, e por conseguinte sacrificado o direito da parte à preservação da intimidade, não faria sentido que continuássemos a preocupar-nos com o risco de arrombar-se um cofre já aberto. Mas por outro lado talvez se objete que assim se acaba por condescender com autêntica fraude à Constituição. A prova ilícita, expulsa pela porta, voltaria a entrar pela janela(...)¹⁰³

Vicente Greco Filho posiciona-se de forma equivocada sobre a utilização dessa prova, em suas palavras:

Poderia a prova obtida com a interceptação legalmente realizada para fins de investigação criminal servir em processo civil como prova emprestada? Cremos que não, porque, no caso, os parâmetros constitucionais são limitativos. A finalidade da interceptação, investigação criminal e instrução processual penal é, também, a finalidade da prova, e somente nessa sede pode ser utilizada.¹⁰⁴

Paulo Rangel faz um apontamento sobre o uso da prova emprestada cujo entendimento não deve ser acolhido. O autor prevê uma situação em que durante o curso de um processo criminal instaurado para apurar prática de homicídio doloso tentado contra a esposa de um sujeito, faz-se interceptação telefônica, com

¹⁰³MOREIRA, José Carlos Barbosa. **A Constituição e As Provas Ilicitamente Adquiridas**. Revista de Direito Administrativo, v. 205, p. 20.

¹⁰⁴GRECO FILHO, Vicente. **Interceptação Telefônica: Considerações sobre a lei 9296 de 24 de julho de 1996**. São Paulo: Editora Saraiva, 1996, p.23-34.

autorização judicial. Durante a interceptação, o sujeito confessa a um terceiro a autoria do crime tentado, e revelando a verdadeira intenção que seria a obtenção de seguro feito em nome de ambos, para que o sobrevivente recebesse o valor. Sabendo a esposa dos fatos ocorridos e tendo ciência da intenção do marido, o autor questiona a possibilidade da esposa ingressar no juízo cível com ação de separação judicial litigiosa instruindo em sua petição inicial cópia dos autos apartados do procedimento de interceptação telefônica. No entendimento do autor, essa prova não poderá ser levada para o juízo cível, pois o legislador não autoriza a interceptação para fins de processo civil, assim sendo, estaria burlando a previsão constitucional. Essa posição não deve ser acatada, pois a interceptação não fora autorizada para fins de processo civil e sim, para apurar suposta prática de crime de homicídio, e depois de violado o sigilo dessa comunicação, e tendo a vítima interessada ciência do conteúdo desse meio de prova e acesso as interceptações do processo originário por ser parte, nada impede sua utilização. Mesmo se tratando de diferentes partes, nada impede que essa prova translada seja submetida ao contraditório no processo posterior.¹⁰⁵

De acordo com Guilherme de Souza Nucci:

Prova emprestada para a esfera extrapenal: viabilidade. Se a interceptação telefônica realizou-se com a autorização judicial, para fins de investigação ou processo criminal, violou-se a intimidade dos interlocutores de maneira lícita. Ora, tornando-se de conhecimento de terceiros o teor da conversa e podendo produzir efeito concreto na órbita penal, é natural que possa haver o empréstimo da prova para fins civis ou administrativos.¹⁰⁶

Ainda de acordo com o autor, não faz sentido que uma sentença condenatória, dotada de publicidade, baseada em prova no âmbito criminal, possa ser utilizada para aplicar sanção administrativa, como perda de cargo ou função, e não possa ser utilizada a referida prova baseada em conversas telefônicas para pleitear indenização civil ou no contexto da ação de improbidade administrativa. Se o funcionário pode perder o cargo em virtude de sentença criminal fundada em

¹⁰⁵ RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 17ª edição. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010, p. 482.

¹⁰⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 8ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p.359

interceptação telefônica, é natural que essa mesma prova possa ser utilizada para garantir a devolução aos cofres públicos do que lhe foi retirado. Assim, deve ser viável a utilização dessa prova no juízo civil.¹⁰⁷

No mesmo sentido, Nelson Nery Júnior afirma que a autorização da interceptação telefônica somente poderá ser feita pelo juiz criminal quando as hipóteses previstas na Constituição ocorrerem, não sendo permitido que o juiz cível forme prova direta no processo civil. O autor entende ser possível a produção de prova obtida lícitamente por interceptação como prova emprestada no processo civil, pois a natureza da causa civil é irrelevante para admissão da prova.¹⁰⁸

Em suas palavras:

Para que seja admissível a prova emprestada no processo civil a doutrina exige que a parte contra quem vai ser produzida tenha efetivamente participado do processo penal de onde proveio a prova a ser emprestada. Caso contrário, em atenção ao princípio do contraditório, a parte terá de ratificar a prova no juízo cível. Mas de qualquer sorte, admite-se a prova emprestada, como regra, do processo penal para o processo civil, dadas a unidade da jurisdição e a teoria geral da prova.¹⁰⁹

Antônio Scarance Fernandes também entende ser admissível a prova penal emprestada para processo cível, em suas palavras:

Mais discutível é o uso da prova emprestada em processo cível, pois a Constituição Federal não permite a interceptação para se obter prova fora do âmbito criminal. O transplante da prova representaria forma de se contornar a vedação constitucional quanto à interceptação para fins não criminais. Há, contudo, razoável entendimento no sentido de que a prova poderia ser aceita porque a intimidade, valor constitucionalmente protegido pela vedação das interceptações telefônicas, já teria sido violada de forma lícita. Não haveria razão, então, para se impedir a produção da prova, sob o argumento de que, por via oblíqua, seria desrespeitado o texto constitucional.¹¹⁰

¹⁰⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 8ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p.359.

¹⁰⁸ NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do Processo civil na Constituição Federal**. 8ª edição. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2004, p.203.

¹⁰⁹ NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do Processo civil na Constituição Federal**. 8ª edição. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2004, p.203.

¹¹⁰ FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo Penal Constitucional**. 5ª edição. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2007, p.111.

Diante das decisões apontadas, pode-se afirmar a posição da jurisprudência em admitir o translado da prova produzida por meio de interceptação telefônica para o procedimento administrativo disciplinar, sendo necessário que as partes envolvidas sejam as mesmas envolvidas em ambos os processos.

Nesse sentido, deve-se afirmar também pela possibilidade de utilização do fruto da interceptação telefônica como prova emprestada. Se no processo criminal e no processo civil onde se pretende emprestar a prova, as partes forem as mesmas, deve-se observar se a prova foi produzida sob o devido processo legal, sendo necessário o contraditório. No caso de empréstimo de provas em que as partes não sejam as mesmas no processo penal e no processo civil, nada impede que seja garantido a elas o contraditório diferido, pois no processo em que a prova será emprestada, as partes terão direito de defesa e todos os meios a ela inerentes.

O Supremo Tribunal Federal autorizou a utilização da prova obtida por interceptação telefônica para servir de empréstimo para procedimento administrativo disciplinar baseado no argumento de que a Administração Pública tem o dever de responsabilizar seus agentes pela prática de condutas ilícitas. Ocorre que a garantia constitucional da inviolabilidade da intimidade não pode inviabilizar outras garantias como a reparação do dano causado e a inafastabilidade da jurisdição, pois a finalidade da prova é a busca da verdade.

Diversas são as possibilidades de se emprestar a prova criminal para um processo civil. Outro exemplo baseia-se em caso que um filho comete homicídio contra seu pai, e o Ministério Público desvenda o crime por meio de interceptação lícita. Cabe a análise da admissibilidade dessa prova ser transferida para um processo civil onde a irmã pretende a declaração de indignidade em razão do ato contra a vida do pai. Nesse caso, nada impede o translado dessa prova, pois o sigilo constitucionalmente protegido já fora violado. Apesar da irmã não ser parte no processo originário, possui um interesse relevante na obtenção dessa prova. Apesar do conteúdo não ter sido submetido ao contraditório no processo originário, sua introdução em um novo processo poderá suprir esse requisito constitucional de admissibilidade da prova por meio de novo contraditório, agora realizado entre as novas partes formadoras do processo. O argumento de que a prova deve

permanecer em sigilo suscita uma solução, qual seja, a possibilidade de instrução de processo civil sigiloso, não conferindo total publicidade das provas.

Por fim, como disposto a posição do Superior Tribunal de Justiça de que a prova emprestada não pode ser a única a formar a convicção do julgador não é a mais escoreita, pois o sistema brasileiro da persuasão racional não estabelece valor entra as provas, sendo inadmissível a hierarquia entre elas. Assim, não se deve conferir valor precário a uma prova que respeitou todos os princípios, foi obtida por meios lícitos, bem como lhe foi conferida o direito ao contraditório.

CONCLUSÃO

Como se viu o presente trabalho teve por objetivo analisar a possibilidade de utilização da prova obtida por interceptação telefônica ser transferida para processo civil e translada para instruir procedimento administrativo disciplinar.

Como visto no 1º capítulo conclui-se que as interceptações de comunicações telefônicas serão lícitas quando respeitarem as garantias constitucionais que versam sobre a inviolabilidade das comunicações telefônicas e o direito à intimidade. A lei 9296 de 1996 surgiu para legislar acerca das possibilidades em que em será devida a violação de comunicações telefônicas. A Constituição Federal legislou sobre o assunto apenas indicando que as interceptações telefônicas serão admitidas para fins de investigação criminal ou instrução processual penal. Requisito trazido pela lei é necessidade de autorização judicial para que a violação da comunicação seja realizada. Para que ocorra a interceptação é necessário a impossibilidade de haver outros meios de prova. Esse instituto possui natureza cautelar, sendo necessário os pressupostos do *fumus boni iuris* e *periculum in mora*. A legislação competente decidiu pela permissão da violação apenas para crimes punidos com reclusão, por serem considerados crimes mais graves, visando um conteúdo efetivo ao princípio da proporcionalidade.

No 2º capítulo, concluiu-se que no processo penal o magistrado tem uma participação mais efetiva no curso da instrução. A realidade deve ser transmitida da melhor forma, e a investigação deve ser profunda, não devendo ser atribuído nenhuma presunção legal. Depois de analisado os princípios da prova em geral, fora analisada o instituto da prova emprestada. A prova emprestada é aquela produzida em outro processo, sendo transportada para outro feito. Às provas emprestadas são atribuídas os requisitos de validade da prova em geral. Deve ser indispensável a verificação como foi produzida em outro feito, se foi atribuído o direito ao contraditório às mesmas partes. Portanto, se não foi sabatinado pelas mesmas partes, nada impede que no feito em que se pretende emprestar a prova, seja nessa submetida ao contraditório. Durante o estudo, verificou-se que a prova emprestada não está incluída no rol de provas admitidas. Porém, se não fora

inadmitida, deve ser permitida, pois as únicas provas inadmissíveis no ordenamento jurídico são as provas ilícitas ou ilegítimas.

O sistema de valoração de provas adotado no atual Código Penal Brasileiro é o sistema da persuasão racional, que não estabelece valor entre as provas, nem hierarquia entre elas. Assim não há de se falar que a prova emprestada tem valor precário, pois nenhuma tem maior prestígio que a outra, desde que analisados os princípios constitucionais que a regem, como o direito ao contraditório.

Assim, entende-se que a prova emprestada obtida por interceptação telefônica é admissível em procedimento administrativo disciplinar e em processo civil pelos seguintes motivos:

A Constituição Federal versou no art. 5º, XII, versou ser inviolável o sigilo das comunicações telefônicas, salvo, por autorização judicial para fins de investigação criminal ou instrução processual penal. Ao emprestar uma prova obtida por interceptação para o processo civil ou procedimento administrativo disciplinar, não estará burlando a vontade do legislador, pois a interceptação devida foi autorizada para fins penais e não diretamente civis ou administrativos. A intimidade que foi constitucionalmente protegida não está mais presente, pois fora violada de forma lícita, por autorização judicial.

Conclui-se também que a prova emprestada, como modalidade de prova, deve respeitar os princípios da prova em geral. O direito ao contraditório é fundamental para a validade da prova. Assim para que a prova emprestada seja válida deve ser submetida ao crivo do contraditório. Neste sentido, a prova obtida por interceptação para servir em outro processo não criminal deve respeitar o princípio do contraditório no processo originário, tratando-se das mesmas partes. Verifica-se também que essa prova pode ser emprestada para quem não figurou no processo originário, desde que no processo civil seja submetida ao contraditório.

O Supremo Tribunal Federal ao permitir a utilização da prova emprestada por interceptação telefônica para procedimentos administrativos disciplinares entendeu pela validade, eficácia e licitude da prova emprestada. Essa prova é válida como outra qualquer por não haver hierarquia entre as provas no processo penal brasileiro. Dessa forma, se as provas baseadas na interceptação telefônica são capazes de formar convicção do julgador para que haja uma condenação no processo originário com base nelas, também deve ser capaz de formar convicção para basear condenação em processo civil.

O que deve ser relevante é a busca da verdade. A garantia constitucional da inviolabilidade da intimidade não pode inviabilizar outras garantias como a reparação do dano causado e a inafastabilidade da jurisdição.

REFERÊNCIAS

ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. Da prova no processo penal. Editora Saraiva, 2004, p.26.

AVOLIO, Luiz Torquato. Provas ilícitas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

BULOS, Uadi Lammêgo. Constituição Federal Anotada. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2001.

Câmara, Alexandre Freitas. Lições de Direito Processual Civil. 17ª edição. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008.

CAPEZ, Fernando. Curso de Processo Penal. 13ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2006.

DEMERCIAN, Pedro Henrique e MALULY, Jorge Assaf. Curso de Processo Penal. São Paulo. Editora Atlas, 1999.

FEITOZA, Denilson. Direito Processual Penal-Teoria, Crítica e Práxis. 6ª edição. Rio de Janeiro: Editora Ímpetus, 2009.

FERNANDES, Antonio Scarance. Processo Penal Constitucional. 5ª edição. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2007.

FILHO, Vicente Greco. Interceptação Telefônica. São Paulo: Editora Saraiva, 1996.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. Direito à prova no processo penal. Editora Revista dos Tribunais, 1997.

GOMES, Luiz Flávio e CERVINI, Raul. Interceptação Telefônica- Lei 9296 de 24. 07.1996. São Paulo. Revista dos Tribunais, 1997.

GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antônio Scarance e FILHO, Antonio Magalhães Gomes. As nulidades no processo penal. 8ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

JESUS, Damásio de. Código de Processo Penal Anotado. 24ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

MACHADO, Antonio Alberto. Curso de Processo Penal. 2ª edição. São Paulo. Editora Atlas, 2009.

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 24ª edição: Editores Malheiro, 1999.

MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 24ª edição. São Paulo: Editora Atlas, 2009.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. A Constituição e As Provas Ilícitamente Adquiridas. Revista de Direito Administrativo, v. 205.

NERY JUNIOR, Nelson. Princípios do Processo civil na Constituição Federal. 8ª edição. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2004.

NUCCI, Guilherme de Souza. Código de Processo Penal Comentado. 8ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. Curso de Processo Penal. 12ª edição. Rio de Janeiro. Editora Lumen Juris, 2009.

PARIZATTO, João Roberto. Comentários à Lei nº 9296 de 24.07.96- Interceptação de Comunicações Telefônicas. São Paulo: Editora de Direito, 1996.

RANGEL, Paulo. Direito Processual Penal. 17ª edição. Rio de Janeiro. Editora Lumen Juris, 2010.

SANTOS, Moacyr Amaral. Primeiras Linhas de Direito Processual Civil. Volume 2. 16ª edição, 1994.

STRECK, Lenio Luiz. As Interceptações Telefônicas e os Direitos Fundamentais- Constituição- Cidadania- Violência. 2ª edição. Porto Alegre- RS: Editora Livraria do Advogado, 2001.